nº 9 (4º Trimestre 2023)
ISSN: 2792-7962 – ISSNe: 2792-7970

Crónica Administrativa en Materia de Relaciones de Trabajo[1]

José Luis Monereo Pérez — *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.*
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Guillermo Rodríguez Iniesta — *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia.*
Magistrado (supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.
Subdirector de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. «Crónica Administrativa en Materia de Relaciones de Trabajo». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 9 (2023): 411-430.

1. MATERIAS

1.1. Jubilación anticipada

Criterio de gestión: 23/1023, de 11 de septiembre de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica.

Materia: *Jubilación anticipada por causa no imputable a un trabajador. Despido tácito por cierre de la empresa. Extinción del contrato de trabajo equiparable a despidos conforme a los artículos 51 y 52 del TRLET*

Asunto:

Si, a los efectos de acceder a una jubilación anticipada involuntaria, procede equiparar la extinción del contrato de trabajo por despido tácito producido por el cierre de facto de la empresa al supuesto de extinción del contrato de trabajo por la vía de los artículos 51 y 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (TRLET).

Criterio:

El artículo 207 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), regula la modalidad de acceso a la pensión de jubilación anticipada que deriva del cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador, permitiendo beneficiarse de la pensión de jubilación anticipada con unas condiciones más beneficiosas, en cuanto a los requisitos de edad y carencia exigidos, que en aquellos otros casos en los que se anticipa la jubilación por voluntad del trabajador -artículo 208 del TRLGSS-.

[1] Todas las disposiciones, instrucciones, criterios, respuestas a consultas de organismos de la Administración, etcétera, que se incluyen en esta sección se reproducen literalmente y están accesibles en el Portal de Transparencia del Gobierno.

Para acceder al derecho a la pensión de jubilación por causa no imputable al trabajador, la letra d) del artículo 207.1 del TRLGSS establece unas causas de extinción del contrato de trabajo tasadas:

"d) Que el cese en el trabajo se haya producido por alguna de las causas siguientes:

1.ª El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

2.ª El despido por causas objetivas conforme al artículo 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

(...)".

La letra d) del artículo 207.1 del TRLGSS se introdujo como cláusula antifraude con el objeto de evitar que el despido fuese meramente aparente, sin sustrato real y con la sola finalidad de posibilitar el acceso del trabajador a la jubilación anticipada prevista en dicho artículo. 2 De acuerdo con la finalidad de la norma, esta entidad gestora viene defendiendo que la letra d) del precepto debe ser aplicada según su tenor literal. Esta misma postura es también compartida por la doctrina judicial al señalar que el listado que contiene el artículo 207.1.d) es tasado o cerrado.

No obstante, el Tribunal Supremo en sentencias de casación para la unificación de doctrina de 14 de octubre de 2021[2] y de 17 de octubre de 2022[3] establece que no procede excluir de este listado a los despidos tácitos ocasionados por los cierres de empresa con cese de actividad, cuyas extinciones

[2] Roj: STS 3927/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3927. Su FD 4. 2 señala lo siguiente:
"En el examen de la contradicción, ya hemos avanzado, por lo demás, que el artículo 207.1 d) LGSS no requiere que la calificación de los despidos tramitados por los artículos 51 y 52 c) ET sea la de ajustados a derecho o procedentes. También se tendrá derecho a la pensión anticipada -siempre, naturalmente, que se cumplan los restantes requisitos exigidos, lo que aquí en ningún momento se discute-, aunque el despido colectivo o el despido objetivo del artículo 52 c) ET sean declarado nulos o improcedentes. Y ya hemos visto que, en el presente caso, el despido del trabajador fue calificado de improcedente.
Y, en fin, el trabajador interpuso la correspondiente demanda judicial y su despido fue declarado improcedente con derecho a la correspondiente indemnización. No se incurrió así en los supuestos en que hemos rechazado que se tuviera derecho a acceder a la pensión de jubilación anticipada por dudarse de la realidad del despido y no acreditarse debidamente el derecho a la correspondiente indemnización y a su percepción efectiva (SSTS 721/2018, 5 de julio de 2018, rcud 1312/2017, 775/2019, 13 de noviembre de 2019, rcud 2875/2017, 570/2020, 1 de julio de 2020, rcud 2267/2018, y 576/2021, 26 de mayo de 2021, rcud 554/2019).
Pero, en el presente caso, el despido ha sido judicialmente declarado improcedente y el derecho a la correspondiente indemnización también ha sido judicialmente reconocido.
3. No está de más recordar que los artículos 51 ET y 52 c) ET, a los que remite el artículo 207.1 d) LGSS,
se refieren no solo a la causa económica, sino también a la causa técnica, organizativa y productiva, como expresamente recoge el artículo 207.1 d) LGSS. Como ya dijimos en el examen de la contradicción, lo relevante aquí es que el trabajador se encontró ante un cierre de hecho de su empresa, manifestación inequívoca y concluyente de la extinción empresarial de su contrato de trabajo. Y, si la empresa quiere que el cierre empresarial conlleve la extinción de los contratos de trabajo, dicha extinción debe necesariamente canalizarse por las vías de los artículos 51 y 52 c) ET, aunque no se esgrima causa económica, sino las restantes causas previstos en esos preceptos (técnicas, organizativas o de producción).
Es cierto que, como señala la sentencia recurrida, los supuestos previstos por el artículo 207.1 d) LGSS son tasados o cerrados, lo que excluye, sin descender ahora a mayores detalles, los supuestos extintivos por voluntad del trabajador, cuya jubilación anticipada deberá encauzarse por el artículo 208 LGSS y no por el artículo 207 LGSS. En principio ello será también así incluso, por ejemplo, en los supuestos del artículo 50 ET, como ocurrió en el caso de alguna sentencia de suplicación que cita la sentencia recurrida y en nuestra STS 183/2021, 10 de febrero de 2021 (rcud 3370/2018). Pero, en presente supuesto, no estamos ante un trabajador que inste la extinción de su contrato de trabajo por falta de pago de su salario o razones similares, como sucedía en el supuesto de la citada STS 183/2021, 10 de febrero de 2021 (rcud 3370/2018). Por el contrario, el trabajador se encontró su empresa cerrada y ya hemos dicho con reiteración que, si una empresa quiere proceder a su cierre con la consiguiente extinción de los contratos de trabajo, dicha extinción ha de preceptivamente encauzarse por los artículos 51 y 52 c) ET, sin que el hecho de que no lo haga así pueda perjudicar al trabajador, a los efectos del artículo 207.1 d) LGSS, porque no depende de él cumplir o no los trámites de los mencionados artículos 51 y 52 c) ET".

[3] Roj: STS 3778/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3778.
En su FD. 3 se señala lo siguiente:
Es cierto que, como señala la sentencia recurrida, los supuestos previstos por el artículo 207.1 d) LGSS son tasados o cerrados, lo que excluye, sin descender ahora a mayores detalles, los supuestos extintivos por voluntad del trabajador, cuya jubilación anticipada deberá encauzarse por el artículo 208 LGSS y no por el artículo 207 LGSS. En principio ello será también así incluso, por ejemplo, en los supuestos del artículo 50 ET, como ocurrió en el caso de alguna sentencia de suplicación que cita la sentencia recurrida y en nuestra STS 183/2021, 10 de febrero de 2021 (rcud 3370/2018). Pero, en presente supuesto, no estamos ante un trabajador que inste la extinción de su contrato de trabajo por falta de pago de su salario o razones similares, como sucedía en el supuesto de la citada STS 183/2021, 10 de febrero de 2021 (rcud 3370/2018). Por el contrario, el trabajador se encontró su empresa cerrada y ya hemos dicho con reiteración que, si una empresa quiere proceder a su cierre con la consiguiente extinción de los contratos de trabajo, dicha extinción ha de preceptivamente encauzarse por los artículos 51 y 52 c) ET, sin que el hecho de que no lo haga así pueda perjudicar al trabajador, a los efectos del artículo 207.1 d) LGSS, porque no depende de él cumplir o no los trámites de los mencionados artículos 51 y 52 c) ET.>>
4.- Doctrina de aplicación al supuesto examinado, que ha de mantenerse por razones de seguridad jurídica, en tanto que concurren en el trabajador las circunstancias al principio expuestas, siendo determinante que por sentencia de 26 de marzo de 2015 del Juzgado de lo Social nº 12 de los de Madrid, se estimó la demanda de resolución del contrato y declara la extinción del contrato de trabajo a fecha 27/10/2014 coincidente con la fecha de la comunicación de su baja en Seguridad Social y cierre y cese de la actividad en el centro, que extinguió tácitamente el contrato del trabajador.".

de contrato de los trabajadores debieran haberse encauzado por la vía de los artículos 51 o 52 del TRLET.

Señala el Alto Tribunal en las citadas sentencias que *"Legalmente, un cierre de empresa que vaya a dar lugar a la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores tiene que encauzarse preceptivamente, sin realizar ahora mayores previsiones, por la vía del artículo 51 ET o del artículo 52 c) ET, dependiendo del número de empleados afectos. Pero el hecho de que la empresa no proceda al cierre como legalmente debe hacerlo (...), sino que el cierre sea de facto y, en consecuencia, que los despidos sean tácitos (...), no puede perjudicar, ni el incumplimiento hacerse recaer, sobre el trabajador".*

Resalta el TS que *"a los efectos del artículo 207.1 d) LGSS, un trabajador cuya empresa se cierra y cuyo contrato se extingue por la vía del artículo 51 ET o del artículo 52 c) está en una posición sustancialmente similar a la de un trabajador cuya empresa cierra (de hecho) y cuyo contrato de trabajo se extingue tácitamente como consecuencia de ese cierre de facto. En ambos casos, si el cierre de la empresa se quiere que conlleve la extinción de los contratos de trabajo, dicha extinción debe tramitarse conforme requieren los artículos 51 y 52 c) ET (...).*

(...) el trabajador interpuso la correspondiente demanda judicial y su despido fue declarado improcedente con derecho a la correspondiente indemnización. No se incurrió así en los supuestos en que hemos rechazado que se tuviera derecho a acceder a la pensión de jubilación anticipada por dudarse de la realidad del despido y no acreditarse debidamente el derecho a la correspondiente indemnización y a su percepción efectiva (...)."

Esta entidad gestora asume la doctrina jurisprudencial y, en consecuencia, para acceder a la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador procede entender incluidos en los supuestos contemplados en los apartados 1ª y 2ª del artículo 207.1 d) del TRLGSS, las extinciones de los contratos de trabajo causadas por un cierre "de facto" de la empresa cuando la extinción de los contratos de trabajo no se haya tramitado por la vía de los artículos 51 y 52 del TRLET como preceptivamente establece la norma.

1.2. Compatibilidad pensión jubilación y trabajo y determinado personal sanitario

Criterio de gestión: 24/2023, de 12 septiembre 2023, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica

Materia y asunto: *Compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación con el trabajo de los facultativos de atención primaria médicos de familia y pediatras, adscritos al sistema nacional de salud con nombramiento estatutario o funcionario***.**

Criterio de gestión:

El artículo 83 del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad, modifica el del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), introduciendo una nueva disposición transitoria trigésima quinta con objeto de posibilitar la compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación con el trabajo de los facultativos de atención primaria médicos de familia y pediatras, adscritos al sistema nacional de salud con nombramiento estatutario o funcionario.

Según se recoge en el Preámbulo del citado real decreto-ley, *"Dada la acuciante escasez de facultativos en el Sistema Nacional de Salud, resulta urgente implementar medidas que faciliten o contribuyan a paliar su falta. Con este objetivo, en materia de Seguridad Social, se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, para permitir la actividad de los profesionales jubilados y contribuir así a paliar la falta de facultativos de atención primaria, médicos de familia o pediatras en el Sistema Nacional de Salud."*

El apartado 1 de la citada disposición transitoria trigésima quinta del TRLGSS, establece lo siguiente:

"1. En los tres años a partir de la entrada en vigor de esta disposición transitoria, los facultativos de atención primaria, médicos de familia y pediatras, adscritos al Sistema Nacional de Salud con nombramiento estatutario o funcionario podrán continuar desempeñando sus funciones durante la prórroga en el servicio activo y, simultáneamente, acceder a la jubilación percibiendo el setenta y cinco por ciento del importe resultante en el reconocimiento inicial de la pensión, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública. 2

Asimismo, podrán acceder a esta compatibilidad los facultativos de atención primaria adscritos al sistema nacional de salud con nombramiento estatutario o funcionario que hubieran accedido a la pensión contributiva de jubilación y se reincorporen al servicio activo, siempre que el hecho causante de dicha pensión haya tenido lugar a partir del 1 de enero de 2022 o se hubieren acogido en su día a la compatibilidad de la pensión de jubilación con el nombramiento como personal estatutario o funcionario de las y los profesionales sanitarios, realizado al amparo del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2."

Con respecto al apartado anterior, se dicta el siguiente criterio interpretativo:

1. Podrá accederse a la compatibilidad desde la situación de activo, aun cuando con carácter inmediatamente anterior a la misma se viniesen desarrollando otras funciones distintas a las señaladas en la disposición transitoria (como por ejemplo de dirección de un centro hospitalario), siempre y cuando en el momento de iniciar la compatibilidad se desempeñen con exclusividad las referidas funciones como facultativo de atención primaria, médico de familia y pediatra, adscritos al Sistema Nacional de Salud con nombramiento estatutario o funcionario y se cumplan los demás requisitos.

No cabe interpretar restrictivamente el primer párrafo del apartado 1 de la disposición transitoria de forma que se exija que, con carácter inmediato al inicio de la compatibilidad, ya se viniesen desarrollando necesariamente las funciones como facultativo de atención primaria, médico de familia y pediatra, adscritos al Sistema Nacional de Salud con nombramiento estatutario o funcionario. Lo contrario supondría exigir unos condicionantes adicionales que la norma no establece, limitando el ámbito subjetivo de la misma, sin atender a la finalidad de la medida.

2. Igualmente, en el caso de que se solicite la compatibilidad desde la situación de pensionista de jubilación, no obstará esta posibilidad el hecho de que en el momento de jubilarse se viniesen realizando otras funciones distintas, siempre y cuando la reincorporación a la vida activa se produzca por la realización en exclusividad de las funciones como facultativo de atención primaria, médico de familia y pediatra, adscritos al Sistema Nacional de Salud con nombramiento estatutario o funcionario en los términos que exige la norma y se cumplan los demás requisitos.

1.3. Jubilación. Hecho causante en determinados supuestos

Criterio de gestión: 25/2023, 9 octubre, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica. INSS

Materia y asunto: *Hecho causante de la pensión de jubilación en supuestos específicos.*

Criterio de Gestión:

Al objeto de homogeneizar la gestión de las direcciones provinciales, se establecen las siguientes pautas de actuación para la determinación del hecho causante en determinados supuestos conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 453/2022, de 14 de junio, por el que se regula la determinación del hecho causante y los efectos económicos de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva y de la prestación económica de ingreso mínimo vital, y se modifican diversos reglamentos del sistema de la Seguridad Social que regulan distintos ámbitos de la gestión (RDHC).

I. Determinación del HC de la pensión de jubilación cuando en la solicitud de la pensión se ha consignado como fecha del HC la fecha de extinción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años por haber cumplido la edad ordinaria de jubilación y en el fichero general de afiliación (FGA) el interesado figura en situación de alta en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios del Régimen General de la Seguridad Social (SETACA) en situación de inactividad en una fecha posterior[4].

En informe de 14 de julio de 2023 la DGOSS[5] señala que «*aquí no se está tratando de trabajadores en situación de inactividad en alta en el SETACA, sino de trabajadores en situación de inactividad perceptores del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, que deben permanecer en alta en el SETACA por imperativo del artículo 289.4 del TRLGSS ["Durante los períodos en los que la entidad gestora esté obligada a cotizar, los beneficiarios a los que se haya reconocido el derecho a la percepción de la prestación o de los subsidios por desempleo o de la renta agraria, en los términos establecidos en los artículos anteriores, deberán permanecer en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios."], debiendo analizarse si para a estos trabajadores les es de aplicación la norma general establecida en el mencionado artículo 253.4 del TRLGSS, o si se les*

[4] Ver nota 1 de 11 de octubre de 2023 que señala:
Tal y como ocurre con los trabajadores en alta en el SETACA en situación de inactividad que además son beneficiarios de la prestación o de los subsidios por desempleo, también los trabajadores agrarios eventuales de las Comunidades Autónomas de Extremadura y Andalucía beneficiarios de la renta agraria deben permanecer en alta en el SETACA por imperativo del artículo 289.4 del TRLGSS: *"Durante los períodos en los que la entidad gestora esté obligada a cotizar, los beneficiarios a los que se haya reconocido el derecho a la percepción de la prestación o de los subsidios por desempleo o de la renta agraria, en los términos establecidos en los artículos anteriores, deberán permanecer en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios."*
Señala la DGOSS en el informe de 14 de julio de 2023 que también a estos trabajadores les es de aplicación el artículo 285 del TRLGSS: *"(...) puesto que el artículo 287.2 (aplicable a los trabajadores agrarios eventuales en general y también a los trabajadores agrarios eventuales de las Comunidades Autónomas de Extremadura y Andalucía), como se ha visto, prevé que en todos los aspectos no contemplados expresamente en el apartado 1 será de aplicación lo establecido con carácter general en el título III del TRLGSS, en el que sí se incluye el artículo 285, debe considerarse que es de aplicación a todos los trabajadores agrarios eventuales."*
Del citado informe cabe deducir por tanto que, al igual que sucede con el subsidio por desempleo para mayores de 52 años, en el caso de trabajadores agrarios eventuales en alta en el SETACA que vengan percibiendo la renta agraria, el HC de la pensión de jubilación debe situarse igualmente en la fecha de su extinción por el cumplimiento de la edad ordinaria que permita acceder a la pensión contributiva de jubilación, por ser aplicables los artículos 289.4 y 285 del TRLGSS.

[5] Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.

debe aplicar una norma especialmente prevista para regular su baja en el SETACA cuando cumplen la edad de jubilación.

(...) aunque para fijar la fecha de baja de los trabajadores en alta en el SETACA en situación de inactividad es de aplicación con carácter general el artículo 253.4 del TRLGSS, conforme al cual la exclusión de este sistema especial a solicitud del trabajador durante los períodos de inactividad, con la consiguiente baja en el Régimen General, tendrá efectos desde el día primero del mes siguiente al de la presentación de aquella ante la TGSS; en el supuesto específico de los trabajadores agrarios eventuales en alta en el SETACA en situación de inactividad que, además, son perceptores del subsidio para mayores de 52 años, debe entenderse que la baja en el citado sistema especial no se rige por solo por el artículo 253.4 del TRLGSS, sino que es también de aplicación la norma especial que regula estos casos, el artículo 285 del mismo texto legal, cuando se cumplan las condiciones que este artículo establece.

Conforme al artículo 285 del TRLGSS, los efectos económicos de la pensión de jubilación se retrotraen a la fecha de efectos de la extinción del subsidio por alcanzar la edad de jubilación, siempre que la solicitud de la pensión se produzca en el plazo de los tres meses siguientes a la resolución firme de extinción (en otro caso, tendrá una retroactividad máxima de tres meses desde la solicitud), por lo que si el trabajador solicita la baja en el SETACA (Régimen General) en el plazo establecido en el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, y la pensión de jubilación dentro de los plazos establecidos por el artículo 285 del TRLGSS, teniendo en cuenta, además, que la obligación de alta en el SETACA que establece el artículo 289.4 del TRLGSS cesa en la fecha de extinción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, debe entenderse que la baja en el SETACA tiene lugar en la fecha solicitada por el trabajador y no el último día del mes en que se solicita dicha baja, por lo que esa será la fecha del HC a tenor de lo previsto en el artículo 3.2 del Real Decreto 453/2022, de 14 de junio.»

De acuerdo con el citado informe de la DGOSS, en estos supuestos la fecha del HC de la pensión de jubilación se fijará el día de la extinción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, independientemente de que los efectos económicos de la pensión se establezcan dependiendo de la fecha de presentación de la solicitud, conforme al artículo 285 del TRLGSS.

II. Determinación del HC de la pensión de jubilación cuando se consigna como fecha del HC el día de la baja en el SETACA en situación de inactividad que figura en el FGA, no coincidiendo dicha fecha con el último día del mes.

En informes de 10 y 14 de julio de 2023 la DGOSS señala que "*En relación con la determinación de la fecha de baja de los trabajadores del SETACA en situación de inactividad es de aplicación el artículo 253.4 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS), según el cual la exclusión de este Sistema Especial durante los períodos de inactividad, con la consiguiente baja en el Régimen General, podrá producirse a solicitud del trabajador, en cuyo caso los efectos de la exclusión tendrán lugar desde el día primero del mes siguiente al de la presentación de aquella ante la TGSS; o de oficio por la TGSS, en los supuestos que enumera el artículo.*

Consecuentemente, la baja en el Régimen General solicitada voluntariamente por un trabajador encuadrado en el SETACA que se encuentra en período de inactividad debe tener lugar el último día del mes en que presenta la solicitud a la TGSS, teniendo efectos del día primero del mes siguiente al de tal presentación. (...)

Dado que conforme al artículo 3.2.a) del Real Decreto 453/2022, de 14 de junio, para los trabajadores que se encuentren en situación de alta en alguno de los regímenes del sistema la pensión de jubilación deberá entenderse causada el día de la baja en el régimen como consecuencia del cese en el trabajo o en la condición determinante de la inclusión en el ámbito de aplicación de dicho régimen, solo cabe considerar que en el supuesto planteado la pensión de jubilación debe tener como fecha del HC el último día del mes en el cual se solicitó la baja en el SETACA (...).”

De acuerdo con los citados informes de la DGOSS, en estos supuestos la fecha del HC de la pensión de jubilación se fijará el último día del mes de la baja en el SETACA en situación de inactividad, independientemente de que en el FGA[6] figure como fecha de la baja un día intermedio.

III. Determinación del HC cuando se presenta la solicitud de la pensión de jubilación transcurridos más de tres meses desde que se produjo la baja en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA) como consecuencia del cese en el trabajo por cuenta propia que se venía realizando y en dicha solicitud se consigna como fecha del HC el mismo día de la baja.

En el supuesto planteado el interesado es un trabajador encuadrado en el RETA, por lo que es necesario acudir a lo dispuesto en los artículos 35 y 46.4 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (RGA). De acuerdo con los preceptos anteriores:

— Si, dentro del año natural no se han producido más de tres bajas en el RETA, el día en el que el interesado cesa en su actividad en dicho régimen, se producirían los efectos de la baja. Hasta ese día el interesado se encontraría en situación de alta (artículo 46.4 a) del RGA).

— Si, dentro del año natural se hubiesen producido más de tres bajas en el RETA, presumiblemente la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) fijaría los efectos de la baja en el último día del mes. Hasta ese último día del mes se entendería igualmente que el interesado estaba en situación de alta (artículo 46.4 a) del RGA).

— En ambos casos, puesto que en la solicitud se indica una fecha en la que se está en situación de alta en un régimen del sistema de la Seguridad Social, es de aplicación el 4 artículo 3.2.a) del Real Decreto 453/2022 y, por lo tanto, el HC se produciría el día de la baja en el RETA, es decir:

— En el supuesto del artículo 46.4 a) del RGA, el HC se produciría el mismo día del cese real en la actividad por cuenta propia y que coincidiría con los efectos de la baja en el RETA.

— En el supuesto del artículo 46.4 b) del RGA, el HC se situaría el último día del mes, por ser en este día cuando se producen los efectos de la baja en el RETA.

En los supuestos previstos en el artículo 3.2 del Real Decreto 453/2022, la solicitud de la pensión puede presentarse con una antelación máxima de tres meses a la fecha del hecho causante o en cualquier momento posterior, sin perjuicio de los efectos económicos que correspondan de acuerdo con el artículo 4.

Además, conforme a lo establecido en la disposición transitoria única del citado real decreto, al tratarse de uno de los supuestos contemplados en el apartado 2, la fecha del hecho causante puede ser anterior a la fecha de entrada en vigor de dicha norma.

[6] Fichero General de Afiliación

En cuanto a los efectos económicos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.2 del Real Decreto 453/2022, cuando tratándose de los supuestos recogidos en el artículo 3.2, la solicitud se presente una vez transcurridos los tres meses siguientes a la misma, los efectos se producirán a partir de los tres meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.

Esta interpretación ha sido confirmada por la Intervención General de la Seguridad Social en informe de 6 de septiembre de 2023.

IV. Determinación del HC de la pensión de jubilación cuando en el FGA figura como fecha de baja en el RETA un día intermedio del mes, fecha que coincide con la que figura en la solicitud de la pensión como fecha del HC, en el supuesto de que se plantea la duda de si la solicitud de baja en el RETA por el interesado se ha producido fuera del plazo establecido en el RGA.

El último inciso del artículo 3.2.a) del RDCH dispone que en los supuestos a que se refiere el artículo 46.4.c) del RGA -bajas en el RETA no solicitadas por el trabajador, solicitadas en forma y plazo distintos a los establecidos o practicadas de oficio por la TGSS-, el HC de la pensión de jubilación se entenderá producido el último día del mes natural en el que haya tenido lugar el cese en el trabajo por cuenta propia o en la actividad o condición determinante de la inclusión en el campo de aplicación del correspondiente régimen especial.

A este respecto se ha cuestionado qué HC correspondería en aquellos casos en los que la TGSS, en lugar de situar la fecha de la baja en el RETA en el último día del mes conforme establece el artículo 3.2.a) del RDCH, consigna en el FGA como fecha de la baja en el RETA un día intermedio del mes. 5

La DGOSS, en informe de 12 de julio de 2023, ha señalado que *"determinar si la baja se ha comunicado fuera de plazo sí que es competencia exclusiva de la TGSS, y no de la ID o de ese Instituto"*, por lo que si dicho Servicio Común consigna como fecha de la baja un día intermedio del mes y no el último día, en aquellos supuestos en los que se susciten dudas sobre la validez de dicha fecha y toda vez que la misma determina la del HC de la pensión, será preciso recabar informe o certificación de la TGSS, por ser la competente en la materia, a efectos de que confirme la fecha de baja que figura en el FGA o bien proceda a su revisión.

1.4. DESEMPLEO

Instrucción provisional de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, de 21 diciembre de 2022.

EL DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 10 BIS DE LA LEY 5/2011, DE ECONOMÍA SOCIAL: CAPITALIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO PARA LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE SOCIEDAD LABORAL O TRASNFORMACIÓN EN COOPERATIVA POR SOCIEDADES MERCANTILES EN CONCURSO

INTRODUCCIÓN

El día 6 de septiembre de 2022 se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia).

La Disposición final octava de dicha Ley 16/2022 introduce un nuevo artículo 10 bis a la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, que entró en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE, el día 26 de septiembre de 2022, y que regula la *capitalización de la prestación por desempleo para la adquisición de la condición de sociedad laboral o transformación en cooperativa por sociedades mercantiles en concurso.*

De acuerdo con el citado artículo 10 bis de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social:

> *1. La entidad gestora podrá abonar a las personas que reúnan todos los requisitos para ser beneficiarios de la prestación contributiva por desempleo, salvo el de estar en situación legal de desempleo, el valor actual del importe de dicha prestación, cuando pretendan adquirir acciones o participaciones sociales de una sociedad en la que prestan servicios retribuidos como personas trabajadoras con contrato de trabajo por tiempo indefinido de forma que, con dicha adquisición, individualmente considerada, o con las adquisiciones que realicen otras personas, trabajadoras o no de la sociedad, esta reúna las condiciones legalmente necesarias para adquirir la condición de sociedad laboral o transformarse en cooperativa.*
>
> *La solicitud de la prestación y de la capitalización será simultánea y la fecha de la misma se asimilará, a efectos de reconocimiento y cálculo de la prestación, a la fecha de la situación legal de desempleo.*
>
> *2. El abono de la prestación capitalizada requerirá que la empresa se haya declarado en concurso y que el juez de lo mercantil haya acordado la transformación de la sociedad en una sociedad cooperativa o sociedad laboral en*

el marco de lo dispuesto en los artículos 219 o 224 bis y artículos concordantes del texto refundido de la Ley Concursal[7].

3. En los supuestos establecidos en el apartado 1 la prestación se podrá capitalizar hasta el 100 por cien de su importe para destinarla a la adquisición de acciones o participaciones sociales de la sociedad en la que trabajen las personas solicitantes o, en el caso de no obtener la prestación por su importe total, el importe restante

[7] El art. 219 dice así:
Art. 219. Regla de la preferencia.
1. En caso de subasta, el juez, mediante auto, podrá acordar la adjudicación al oferente cuya oferta no difiera en más del quince por ciento de la oferta superior cuando considere que garantiza en mayor medida la continuidad de la empresa en su conjunto o, en su caso, de la unidad productiva y de los puestos de trabajo, así como la mejor y más rápida satisfacción de los créditos de los acreedores.
2. Esta regla se aplicará también a las ofertas de personas trabajadoras interesadas en la sucesión de la empresa mediante la constitución de sociedad cooperativa o laboral.
-El art. 224 bis -añadido por el art. único.51 de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre dice así:
Artículo 224 bis. Solicitud de concurso con presentación de oferta de adquisición de una o varias unidades productivas.
1. El deudor puede presentar, junto con la solicitud de declaración de concurso, una propuesta escrita vinculante de acreedor o de tercero para la adquisición de una o varias unidades productivas.
En la propuesta el acreedor o el tercero deberá asumir la obligación de continuar o de reiniciar la actividad con la unidad o unidades productivas a las que se refiera por un mínimo de tres años. El incumplimiento de este compromiso dará lugar a que cualquier afectado pueda reclamar al adquirente la indemnización de los daños y perjuicios causados.
2. En el auto de declaración de concurso, el juez concederá un plazo de quince días para que los acreedores que se personen puedan formular a la propuesta las observaciones que tengan por conveniente y para que cualquier interesado pueda presentar propuesta vinculante alternativa. En el mismo auto, el juez requerirá a la administración concursal para que, dentro de ese plazo, emita informe de evaluación de la presentada.
3. La propuesta escrita vinculante de adquisición podrá ser realizada por personas trabajadoras interesadas en la sucesión de la empresa mediante la constitución de sociedad cooperativa, laboral o participada.
4. Si se presentasen una o varias propuestas alternativas de adquisición, el juez requerirá a la administración concursal para que, en el plazo de cinco días, emita informe de evaluación.
5. En el informe la administración concursal valorará la propuesta o propuestas presentadas atendiendo al interés del concurso, e informará sobre los efectos que pudiera tener en las masas activa y pasiva la resolución de los contratos que resultare de cada una de las propuestas.
6. Una vez emitidos el informe o informes por la administración concursal, el juez, si se hubieran presentado varias propuestas, concederá un plazo simultáneo de tres días a los oferentes para que, si lo desean, mejoren las que cada uno de ellos hubiera presentado. Dentro de los tres días siguientes al término de ese plazo, el juez procederá a la aprobación de la que resulte más ventajosa para el interés del concurso. En caso de que se hubiera presentado una propuesta en los términos del apartado 3 y la oferta sea igual o superior a la de las demás propuestas alternativas presentadas, el juez priorizará dicha propuesta siempre que ello atienda al interés del concurso, considerando en el mismo la continuidad de la empresa, la unidad productiva y los puestos de trabajo, entre otros criterios.
7. Si la ejecución de la oferta vinculante aprobada estuviera sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones suspensivas, tales como la aprobación de la adquisición por parte de las autoridades de la competencia o supervisoras, o a la realización de una modificación estructural que afecte a los activos a transmitir, el concursado y la administración concursal llevarán a cabo las actuaciones precisas para asegurar el pronto cumplimiento.
El juez podrá exigir al proponente adjudicatario que preste caución o garantía suficiente de consumación de la adquisición si las condiciones suspensivas se cumplieran en el plazo máximo para ello establecido en la oferta vinculante, o de resarcimiento de los gastos o costes incurridos por el concurso en otro caso.
8. La transmisión de la unidad o de las unidades productivas al adjudicatario estará sometida a las demás reglas establecidas en esta ley para esta clase de transmisiones.
9. La oferta de adquisición de una o varias unidades productivas se publicará en el portal de liquidaciones concursales del Registro público concursal el mismo día que se publique la declaración de concurso en la sección primera de dicho Registro. El juez podrá requerir tanto al deudor como al autor o autores de la oferta cuanta información considere necesaria o conveniente para facilitar la presentación de otras ofertas por acreedores o terceros. La información requerida se publicará igualmente en dicho portal.

se podrá obtener conforme a lo establecido para subvencionar las cuotas a la seguridad social según lo que se dispone en el apartado 4.

4. Cuando la prestación se obtenga, en el importe que corresponda, para la subvención de las cuotas a la seguridad social, el abono por parte de la entidad gestora se realizará en los siguientes términos:

a) La cuantía de la subvención, calculada en días completos de prestación, será fija y corresponderá al importe de la aportación íntegra *de la persona trabajadora a la Seguridad Social en el momento de la solicitud de la capitalización sin considerar futuras modificaciones, salvo cuando el importe de la subvención quede por debajo de la aportación del trabajador o trabajadora que corresponda a la base mínima de cotización vigente para cada régimen de Seguridad Social, abonándose, en tal caso, esta última.*

b) El abono se realizará mensualmente por la entidad gestora al trabajador, previa comprobación de que se mantiene en alta en la Seguridad Social en el mes correspondiente.

5. Mediante desarrollo reglamentario se precisará el procedimiento mediante el cual la entidad gestora acreditará ante el juez del concurso que en caso de ser autorizado por este se autorizarán las capitalizaciones de las prestaciones por desempleo que posibilitarán la transformación de la sociedad en sociedad cooperativa o sociedad laboral».

Para su aplicación de forma homogénea por todas las Direcciones Provinciales del Servicio Público de Empleo Estatal, se dictan las siguientes

INSTRUCCIÓN PRIMERA: REQUISITOS PARA ACCEDER AL PAGO ÚNICO DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 10 BIS DE LA LEY DE ECONOMÍA SOCIAL

La entidad gestora podrá abonar el valor actual del importe de la prestación por desempleo a las personas trabajadoras por cuenta ajena que lo soliciten a partir del día 26 de septiembre de 2022, cuando concurran las siguientes circunstancias:

a) Que presten sus servicios retribuidos mediante contrato de trabajo por tiempo indefinido en una sociedad mercantil, con independencia de su antigüedad en la empresa.

Puesto que la norma no excluye a los indefinidos a tiempo parcial ni a los fijos discontinuos, el contrato por tiempo indefinido podrá ser a tiempo completo, parcial o fijo discontinuo. Por tanto, dichas personas figurarán de alta en la Seguridad Social con contrato códigos 100, 109, 130, 139, 150, 189, 200, 209, 230, 239, 250, 289, 300, 309, 330, 350 o 389[8].

[8] Estas claves se corresponden con las siguientes modalidades:
1000 INDEFINIDO TIEMPO COMPLETO - ORDINARIO
109 INDEFINIDO TIEMPO COMPLETO - FOMENTO CONTRATACIÓN INDEFINIDA/EMPLEO ESTABLE TRANSFORMACIÓN CONTRATO TEMPORAL
130 INDEFINIDO TIEMPO COMPLETO - DISCAPACITADOS
139 INDEFINIDO TIEMPO COMPLETO - DISCAPACITADOS TRANSFORMACIÓN CONTRATO TEMPORAL.

b) Que dicha sociedad mercantil para la que trabajan se haya declarado en concurso.

c) Que, por estar interesados en la sucesión de la empresa mediante su transformación en un sociedad cooperativa o laboral, hayan presentado ante el Juez del concurso, junto con otro u otros trabajadores, una propuesta vinculante en tal sentido.

d) Que el juez del concurso acuerde la transformación de la sociedad mercantil en una sociedad cooperativa o sociedad laboral en el marco de lo dispuesto en los artículos 219 o 224 bis y artículos concordantes del texto refundido de la Ley Concursal.

El artículo10 bis de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social no prevé la posibilidad de reconocer el pago único a los trabajadores para transformar la sociedad mercantil en una sociedad participada[9], por lo que, no se entenderá cumplido este requisito cuando las sociedades mercantiles

150 INDEFINIDO TIEMPO COMPLETO - FOMENTO CONTRATACIÓN INDEFINIDA/EMPLEO ESTABLE INICIAL
189 INDEFINIDO TIEMPO COMPLETO - TRANSFORMACIÓN CONTRATO TEMPORAL.
200 INDEFINIDO TIEMPO PARCIAL - ORDINARIO
209 INDEFINIDO TIEMPO PARCIAL - FOMENTO CONTRATACIÓN INDEFINIDA/EMPLEO ESTABLE TRANSFORMACIÓN CONTRATO TEMPORAL
230 INDEFINIDO TIEMPO PARCIAL - DISCAPACITADOS
239 INDEFINIDO TIEMPO PARCIAL - DISCAPACITADOS TRANSFORMACIÓN CONTRATO TEMPORAL.
250 INDEFINIDO TIEMPO PARCIAL - FOMENTO CONTRATACIÓN INDEFINIDA/EMPLEO ESTABLE INICIAL
289 INDEFINIDO TIEMPO PARCIAL - TRANSFORMACIÓN CONTRATO TEMPORAL.
300 INDEFINIDO FIJO/DISCONTINUO
309 INDEFINIDO FIJO/DISCONTINUO - FOMENTO CONTRATACIÓN INDEFINIDA/EMPLEO ESTABLE TRANSFORMACIÓN CONTRATO TEMPORAL
330 INDEFINIDO FIJO/DISCONTINUO - DISCAPACITADOS
339 INDEFINIDO FIJO/DISCONTINUO - DISCAPACITADO. TRANSFORMACION
350 INDEFINIDO FIJO/DISCONTINUO - FOMENTO CONTRATACIÓN INDEFINIDA/EMPLEO ESTABLE INICIAL
389 INDEFINIDO FIJO/DISCONTINUO - TRANSFORMACIÓN CONTRATO TEMPORAL

[9] Concretamente el art. 10 bis -añadido por la disposición final 8 de la Ley 16/2022, de 5 septiembre, señala lo siguiente:
Artículo 10 bis. Capitalización de la prestación por desempleo para la adquisición de la condición de sociedad laboral o transformación en cooperativa por sociedades mercantiles en concurso.
1. La entidad gestora podrá abonar a las personas que reúnan todos los requisitos para ser beneficiarios de la prestación contributiva por desempleo, salvo el de estar en situación legal de desempleo, el valor actual del importe de dicha prestación, cuando pretendan adquirir acciones o participaciones sociales de una sociedad en la que prestan servicios retribuidos como personas trabajadoras con contrato de trabajo por tiempo indefinido de forma que, con dicha adquisición, individualmente considerada, o con las adquisiciones que realicen otras personas, trabajadoras o no de la sociedad, esta reúna las condiciones legalmente necesarias para adquirir la condición de sociedad laboral o transformarse en cooperativa.
La solicitud de la prestación y de la capitalización será simultánea y la fecha de la misma se asimilará, a efectos de reconocimiento y cálculo de la prestación, a la fecha de la situación legal de desempleo.
2. El abono de la prestación capitalizada requerirá que la empresa se haya declarado en concurso y que el juez de lo mercantil haya acordado la transformación de la sociedad en una sociedad cooperativa o sociedad laboral en el marco de lo dispuesto en los artículos 219 o 224 bis y artículos concordantes del texto refundido de la Ley Concursal.
3. En los supuestos establecidos en el apartado 1 la prestación se podrá capitalizar hasta el 100 por cien de su importe para destinarla a la adquisición de acciones o participaciones sociales de la sociedad en la que trabajen las personas solicitantes o, en el caso de no obtener la prestación por su importe total, el importe restante se podrá obtener conforme a lo establecido para subvencionar las cuotas a la seguridad social según lo que se dispone en el apartado 4.
4. Cuando la prestación se obtenga, en el importe que corresponda, para la subvención de las cuotas a la seguridad social, el abono por parte de la entidad gestora se realizará en los siguientes términos:

en concurso vayan a transformarse en sociedades participadas por los trabajadores - que, conforme al artículo 19 de la Ley 44/2015, de 14 de octubre son aquellas sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no alcancen los requisitos para ser sociedades laborales, pero promuevan el acceso a la condición de socios de los trabajadores, así como las distintas formas de participación de los mismos, en particular a través de la representación legal de los trabajadores-[10].

De acuerdo con el artículo 219 de la Ley Concursal, según redacción dada al mismo por el artículo único.49 de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, el juez, mediante auto, podrá acordar la adjudicación de la empresa en concurso a las personas trabajadoras interesadas en la sucesión empresarial mediante la constitución de sociedad cooperativa o laboral, siempre que su oferta no difiera en más del quince por ciento de la oferta superior.

Por su parte, el artículo 224 bis, añadido por el artículo único.51 de la misma Ley 16/2022, de 5 de septiembre, establece la posibilidad de que, junto con la solicitud de declaración de concurso, el deudor presente una propuesta vinculante realizada por personas trabajadoras interesadas en la sucesión de la empresa mediante la constitución, entre otras, de sociedad cooperativa o laboral. Si esta oferta fuera igual o superior a la de las demás propuestas alternativas presentadas, el juez priorizará dicha propuesta siempre que ello atienda al interés del concurso, considerando en el mismo la continuidad de la empresa, la unidad productiva y los puestos de trabajo, entre otros criterios.

a) Que, a fin de llevar a cabo lo anterior, pretendan adquirir acciones o participaciones sociales en dicha sociedad mercantil en la que trabajan para, con dicha adquisición individualmente considerada, o junto con las realizadas por otras personas, trabajadoras o no de la sociedad, ésta reúna las condiciones legalmente necesarias para adquirir la condición de sociedad laboral o transformarse en cooperativa.

b) Que cumplan todos los requisitos para ser beneficiarias de la prestación contributiva por desempleo excepto el de estar en situación legal de desempleo.

---

a) La cuantía de la subvención, calculada en días completos de prestación, será fija y corresponderá al importe de la aportación íntegra de la persona trabajadora a la Seguridad Social en el momento de la solicitud de la capitalización sin considerar futuras modificaciones, salvo cuando el importe de la subvención quede por debajo de la aportación del trabajador o trabajadora que corresponda a la base mínima de cotización vigente para cada régimen de Seguridad Social, abonándose, en tal caso, esta última.

b) El abono se realizará mensualmente por la entidad gestora al trabajador, previa comprobación de que se mantiene en alta en la Seguridad Social en el mes correspondiente.

5. Mediante desarrollo reglamentario se precisará el procedimiento mediante el cual la entidad gestora acreditará ante el juez del concurso que en caso de ser autorizado por este se autorizarán las capitalizaciones de las prestaciones por desempleo que posibilitarán la transformación de la sociedad en sociedad cooperativa o sociedad laboral.

[10] El art. 19 de la Ley 44/2015, de 14 octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, dice así:

Artículo 19. Concepto de Sociedad Participada por los Trabajadores.

1. Tendrán la consideración de sociedades participadas por los trabajadores las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no alcancen los requisitos establecidos en el capítulo I, pero promuevan el acceso a la condición de socios de los trabajadores, así como las distintas formas de participación de los mismos, en particular a través de la representación legal de los trabajadores, y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que cuenten con trabajadores que posean participación en el capital y/o en los resultados de la sociedad.

b) Que cuenten con trabajadores que posean participación en los derechos de voto y/o en la toma de decisiones de la sociedad.

c) Que adopten una estrategia que fomente la incorporación de trabajadores a la condición de socios.

d) Que promuevan los principios recogidos en el artículo anterior.

2. Su actuación deberá ser diligente, leal, responsable y transparente, y deberán favorecer la generación de empleo estable y de calidad, la integración como socios de los trabajadores, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

3. Asimismo, adoptarán políticas o estrategias de responsabilidad social, fomentando las prácticas de buen gobierno, el comportamiento ético y la transparencia.

Por tanto, dichas personas trabajadoras han de cumplir los siguientes requisitos:

— Estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta en los casos que legal o reglamentariamente se determinen.

— Tener cubierto el período mínimo de cotización a que se refiere el artículo 269.1) TRLGSS dentro de los seis años anteriores a la fecha de la solicitud[11].

Para el supuesto de que en el momento de la solicitud se mantengan uno o varios contratos a tiempo parcial se tendrán en cuenta exclusivamente, a los solos efectos de cumplir el requisito de acceso a la prestación, los períodos de cotización en los trabajos en los que se haya perdido el empleo o se haya visto suspendido el contrato o reducida la jornada ordinaria de trabajo.

En el caso de que no acrediten suficiente periodo de ocupación cotizada para tener derecho al reconocimiento inicial de una prestación por desempleo de nivel contributivo, será suficiente con que tengan suspendida una prestación por desempleo de nivel contributivo, independientemente del número de mensualidades pendientes de percibir. En su caso, también es posible que los solicitantes tengan el derecho de opción al que se refiere el artículo 269.3 TRLGSS[12].

— No haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que no tuvieran acreditado el período de cotización requerido para ello.

— Suscribir el compromiso de actividad. En el caso de que su incorporación a la sociedad laboral o cooperativa no sea como socio trabajador o de trabajo, su solicitud de pago único será denegada por incumplimiento del compromiso de actividad.

No resulta de aplicación en estos supuestos el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual de su importe, como medida de fomento del empleo, por lo que no se exigirá que el trabajador no haya hecho uso del derecho al pago único en los cuatro años inmediatamente anteriores, ni que, en caso de tener derecho a reanudar una prestación por desempleo, que las mensualidades pendientes de percibir sean tres o más.

INSTRUCCIÓN SEGUNDA: SOLICITUD DE PAGO ÚNICO

La solicitud de la prestación por desempleo de nivel contributivo y de la capitalización se efectuarán simultáneamente por la persona trabajadora.

Es posible solicitar el pago único de la prestación por desempleo:

— Para destinar hasta el 100 por 100 de su importe a la adquisición de acciones o participaciones sociales de la sociedad en la que se trabaje, o

[11] En realidad el art. 269 se refiere a la duración de la prestación. Véase el art. 266 letra b) que se remite al art. 269 LGSS.

[12] La opción normada consiste en que: "Cuando el derecho a la prestación se extinga por realizar el titular un trabajo de duración igual o superior a doce meses, este podrá optar, en el caso de que se le reconozca una nueva prestación, entre reabrir el derecho inicial por el período que le restaba y las bases y tipos que le correspondían, o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones efectuadas. Cuando el trabajador opte por la prestación anterior, las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no hubiera optado no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior, de nivel contributivo o asistencial.".

— Para destinar parte del importe obtenido a la adquisición de acciones o participaciones sociales de la sociedad y el restante para subvencionar las cuotas a la seguridad social.

No es posible en este caso, solicitar el pago único para destinarlo exclusivamente para subvencionar las cuotas de la seguridad social, ni para destinarlo parcialmente a afrontar los gastos de constitución y puesta en funcionamiento de la sociedad cooperativa, laboral o participada, ni al pago de las tasas y el precio de servicios específicos de asesoramiento, formación e información relacionados con la actividad.

INSTRUCCIÓN TERCERA: RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL PAGO ÚNICO

A efectos del reconocimiento y el cálculo de la prestación, la fecha de la solicitud se asimilará a la de la situación legal de desempleo.

I. NACIMIENTO DEL DERECHO

El derecho nacerá a partir del día siguiente al de la solicitud. Puesto que la fecha de la solicitud del derecho se asimila a la de la situación legal de desempleo, en estos supuestos no existe la posibilidad de que la solicitud se presente de forma extemporánea.

II. CUANTÍA DEL DERECHO.

La base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos ciento ochenta días anteriores a la fecha de la solicitud.

Se abonará como pago único la cuantía de la prestación, calculada en días completos, previa deducción del importe relativo al interés legal del dinero.

Se podrá obtener hasta el 100 por cien del importe de la prestación para destinarla a la adquisición de acciones o participaciones sociales de la sociedad en la que trabajen las personas solicitantes. En el caso de no obtener la prestación por su importe total, el restante se podrá obtener para subvencionar las cuotas a la seguridad social. En este último caso, la cuantía de la subvención:

a) Será fija y se calculará en días completos de prestación

b) Corresponderá al importe de la aportación íntegra de la persona trabajadora a la Seguridad Social en el momento de la solicitud de la capitalización sin considerar futuras modificaciones, salvo cuando el importe de la subvención quede por debajo de la aportación de la persona trabajadora que corresponda a la base mínima de cotización vigente para cada régimen de Seguridad Social, abonándose, en tal caso, esta última.

El abono se realizará mensualmente por la entidad gestora al trabajador, previa comprobación de que se mantiene en alta en la Seguridad Social en el mes correspondiente.

Las cantidades para subvencionar las cuotas de los trabajadores a la seguridad social pueden solicitarse y obtenerse tanto si van a causar alta en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos, como si van a continuar de alta en el régimen general de la seguridad social como trabajadores por cuenta ajena.

INSTRUCCIÓN CUARTA: PROCEDIMIENTO

El procedimiento será el siguiente:

> I. Si son varios los trabajadores que vayan a solicitar el pago único para transformar en cooperativa o sociedad laboral la misma sociedad mercantil, solicitarán el pago único en la misma oficina de prestaciones, que será la correspondiente al domicilio social de la empresa o aquella en la que se encuentren la mayoría de las instalaciones de la empresa.

La tramitación de los expedientes de capitalización referidos a una misma oferta de adquisición presentada por los trabajadores se podrá acumular, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 57 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, entendiéndose los trámites posteriores al acuerdo con el representante designado por todos los afectados[13]. En caso de seguirse las actuaciones sin acumulación, se debe realizar la tramitación de forma paralela para todas las solicitudes referidas a una misma oferta de adquisición de la empresa, teniendo en cuenta que las renuncias o desistimientos que pudieran presentarse por algún solicitante pueden ser motivo de desestimación del resto de solicitudes presentadas por dejar de reunir los requisitos para la constitución de la sociedad laboral o cooperativa, o no ajustarse a la autorización judicial de adjudicación de la empresa a los trabajadores.

Así mismo, se debe dar por cumplimentado el trámite correspondiente a la aportación de documentos previos a la resolución o de justificación de la inversión realizada, en tanto hayan sido presentados por alguno de los trabajadores interesados, de forma que se considerarán presentados para el resto de los trabajadores incluidos en la documentación aportada.

> II. A la solicitud de pago único, se acompañará memoria explicativa en la que se hará constar:
>
> - Que el pago único se destinará a comprar acciones o participaciones de la sociedad mercantil en concurso en la que trabaja, y en su caso, a subvencionar sus cuotas de la Seguridad Social.
>
> - El número de acciones o participaciones que va a adquirir y el precio que ha de abonar por dicha adquisición.
>
> - Porcentaje individual de capital social que cada una de las personas - sean o no trabajadores de la empresa - va a adquirir, y porcentaje global adquirido, que necesariamente debe permitir que la sociedad pueda calificarse de laboral o pueda transformarse en cooperativa.

Conforme a lo establecido en el artículo 1 de Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, para que la sociedad pueda ser calificada de "laboral "se exige que, al menos, sean tres los socios, puesto que ninguno de ellos puede ser titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social. Sin embargo, prevé dicha norma que la sociedad laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo

[13] El art. 57 de la Ley 39/2015, 1 de octubre, dispone:
Artículo 57. Acumulación.
El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento.
Contra el acuerdo de acumulación no procederá recurso alguno.

indefinido, en la que tanto el capital social como los derechos de voto estarán distribuidos al cincuenta por ciento, con la obligación de que en el plazo máximo de 36 meses se ajusten al límite establecido[14].

Por su parte, el artículo 8 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas dispone que las cooperativas de primer grado deberán estar integradas, al menos, por tres socios, salvo que en esta u otras leyes se establezcan otros mínimos[15].

— El compromiso de transformar la sociedad mercantil en cooperativa o en sociedad laboral en el caso de que el juez dicte auto adjudicándoles la empresa

— Declaración sobre si las acciones de la sociedad laboral que pretende adquirir son de «clase laboral» o de «clase general»; o sobre si su integración en la cooperativa va a ser como socio de trabajo o como socio colaborador.

— Si se van a mantener en el régimen general de la seguridad social o si van a causar alta en régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Junto con la solicitud y la memoria explicativa se presentará la documentación necesaria para acreditar que se cumplen los requisitos establecidos en la instrucción primera, a excepción, en su caso, de la declaración de la empresa en concurso, el acuerdo del juez del concurso de transformación de la

[14] Dicho art. 1 dice así:
Artículo 1. Concepto de «sociedad laboral».
1. Las sociedades laborales son aquellas sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que se someten a los preceptos establecidos en la presente ley.
2. Podrán obtener la calificación de «Sociedad Laboral» las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que cumplan los siguientes requisitos:
a) Que al menos la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido.
b) Que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social, salvo que:
La sociedad laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en la que tanto el capital social como los derechos de voto estarán distribuidos al cincuenta por ciento, con la obligación de que en el plazo máximo de 36 meses se ajusten al límite establecido en este apartado.
Se trate de socios que sean entidades públicas, de participación mayoritariamente pública, entidades no lucrativas o de la economía social, en cuyo caso la participación podrá superar dicho límite, sin alcanzar el cincuenta por ciento del capital social.
En los supuestos de transgresión sobrevenida de los límites que se indican en los apartados a) y b) del presente artículo, la sociedad estará obligada a acomodar a la ley la situación de sus socios, en el plazo de dieciocho meses a contar desde el primer incumplimiento.
c) Que el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios no sea superior al cuarenta y nueve por ciento del cómputo global de horas-año trabajadas en la sociedad laboral por el conjunto de los socios trabajadores. No computará para el cálculo de este límite el trabajo realizado por los trabajadores con discapacidad de cualquier clase en grado igual o superior al treinta y tres por ciento.
Si fueran superados los límites previstos en este apartado, la sociedad deberá alcanzarlos, de nuevo, en el plazo máximo de doce meses. El órgano del que dependa el Registro de Sociedades Laborales podrá conceder hasta dos prórrogas, por un plazo máximo de doce meses cada una, siempre que se acredite en cada solicitud de prórroga que se ha avanzado en el proceso de adaptación a los límites previstos. El plazo de adaptación en los casos de subrogación legal o convencional de trabajadores será de treinta y seis meses, pudiendo solicitarse igualmente las prórrogas previstas en este apartado.
3. La superación de límites y las circunstancias que originen dicha situación, así como su adaptación posterior a la ley, deberán ser comunicadas al Registro de Sociedades Laborales, en el plazo de un mes desde que se produzcan, a los efectos previstos en el apartado 2 del artículo 15 de la presente ley.

[15] Sobre las cooperativas de segundo grado el precepto indicado deber que al menos deberán de estar constituidas por dos cooperativistas.

sociedad mercantil en una cooperativa o sociedad laboral y el auto de adjudicación de la misma a los trabajadores - documentos que podrán aportarse posteriormente-

> III. En tanto no se dicten las normas de desarrollo del procedimiento regulado en este artículo, la actuación del SEPE será la siguiente:

Una vez presentada la o las solicitudes de pago único por uno o varios trabajadores, si se cumplen los requisitos exigidos, el SEPE informará a éstos, así como al juez del concurso competente sobre la propuesta favorable a la capitalización solicitada, condicionada a que se presente la declaración de la empresa en concurso (si no hubiera sido presentada y tampoco se tuviera constancia por la Dirección Provincial, mediante acceso a la información pública del Registro Mercantil) el acuerdo de transformación de la sociedad mercantil en una cooperativa o sociedad laboral, así como el auto mediante el cual el juez del concurso adjudica la empresa en concurso a los trabajadores, entre los que deberá estar el/los solicitante/s de la capitalización, para su transformación en sociedad laboral o cooperativa. Dicha documentación deberá ser presentada en el plazo de los 10 días siguientes a la notificación del trámite, con advertencia de que, si no fuera presentado, se podrá declarar la caducidad de las actuaciones en aplicación del artículo 95 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas[16].

Si no se cumplen los requisitos exigidos por todos o algunos de los solicitantes se denegarán las solicitudes correspondientes, informando al juzgado de dichas resoluciones denegatorias.

> IV. Si se ha emitido propuesta favorable y se ha aportado la documentación solicitada a la que se refiere el número 3 anterior, el SEPE reconocerá los derechos solicitados y notificará las resoluciones a los trabajadores, instándoles para que, dentro del mes siguiente al de la fecha de dicha notificación aporten la documentación que consta a continuación, advirtiéndoles de que, si no lo hacen, se considerarán las cantidades abonadas como indebidas y se reclamará su devolución:

a) Escritura pública que acredite el número de acciones o participaciones sociales de la empresa mercantil adquiridas y el precio abonado por ellas.

b) Resolución administrativa o certificado de inscripción de la empresa en el Registro de Sociedades Laborales o en el Registro de Cooperativas, así como acreditación de su condición de socio en la misma.

[16] Dicho artículo 95 dispone lo siguiente:
Artículo 95. Requisitos y efectos.
1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, cuando se produzca su paralización por causa imputable al mismo, la Administración le advertirá que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del procedimiento. Consumido este plazo sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración acordará el archivo de las actuaciones, notificándoselo al interesado. Contra la resolución que declare la caducidad procederán los recursos pertinentes.
2. No podrá acordarse la caducidad por la simple inactividad del interesado en la cumplimentación de trámites, siempre que no sean indispensables para dictar resolución. Dicha inactividad no tendrá otro efecto que la pérdida de su derecho al referido trámite.
3. La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.
En los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado.
4. Podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento.

En relación con dicha transformación ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

Establece la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, que la calificación de «Sociedad Laboral» la otorga el Ministerio de Empleo y Seguridad Social o, en su caso, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, y dicha calificación tiene plena eficacia en todo el territorio nacional, sin necesidad de que la sociedad realice ningún trámite adicional o cumpla nuevos requisitos. Tras dicha calificación deberá inscribirse como sociedad laboral en el Registro Mercantil, gozando a partir de dicha inscripción de personalidad jurídica. En la denominación de la sociedad deberá figurar la indicación «Sociedad Anónima Laboral», «Sociedad de Responsabilidad Limitada Laboral», o «Sociedad Limitada Laboral» o sus abreviaturas SAL, SRLL o SLL, según proceda.

La obtención de la calificación como laboral por una sociedad anónima o de responsabilidad limitada no se considerará transformación social ni estará sometida a las normas aplicables a la transformación de sociedades.

De acuerdo con el artículo 4.5 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, una sociedad mercantil inscrita puede transformarse en sociedad cooperativa. La eficacia de la transformación quedará supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil.

a) En su caso, justificante del importe de la cuota del trabajador a la seguridad social, en caso de haber solicitado la subvención para tal fin.

Además, la entidad gestora comunicará al juzgado de lo mercantil competente del sentido de las resoluciones dictadas, así como de que se ha instado a los trabajadores para que aporten la documentación requerida.

Si el o los trabajadores no presentaran la documentación solicitada o no acreditaran haber hecho uso del pago único para la finalidad para la que se le reconoció, se les reclamará su importe como un pago indebido, de conformidad con las normas de carácter general.

Madrid, 21 de diciembre de 2022

EL DIRECTOR GENERAL DEL SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL
GERARDO GUTIERREZ ARDOY